



## Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at <http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content>.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

A r c h i v  
für die  
**Civilistische Praxis.**

Achtunddreißigster Band. Zweites Heft.

---

VII.

Revision der neuern Lehren von der Zugehörigkeit  
der beständig fließenden Gewässer nach Römischem  
und Deutschem Rechte.

Von

Herrn **Fr. Börner**,  
Oberbürgermeister in Jena.

---

Indem wir die bestehenden Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fließenden Gewässer (flumina perennia) nach den Quellen des römischen und deutschen Rechtes prüfen wollen, setzen wir als Begriff der beständig fließenden Gewässer alle diejenigen Gewässer voraus, welche nachhaltigen Quellen entspringend oder aus andern Gewässern abgeleitet, in regelmäßigen Betten, eingeschlossen zwischen Ufern, in ununterbrochen dauernder Strömung dahinfließen und je nach der Größe und Stärke ihres Wasserlaufes Ströme oder Flüsse oder Bäche genannt werden. Nicht begriffen sind daher hier unter jener Benennung andere, obwohl auch beständig fließende Gewässer, wie beständige Quellen und deren Abflüsse, welche nicht zwischen Ufern in regelmäßigen Betten fließen, noch auch diejenigen fließenden Gewässer, welche als Wildbäche und Waldströme (flumina torrentia) nur aus zufälligen Quellen, wie aus Hungerquellen, Wolkenbräu-

den, Regengüssen, Thauwassern ihren Ursprung und nur ein zeitweiliges Dasein haben.

Allgemein nun ist man darüber einverstanden, daß nach Römischem und Deutschem Rechte die schiff- und flossbaren Ströme und Flüsse als öffentliche jedenfalls zu gelten haben. Was aber unter „öffentlich“ in dieser Beziehung zu verstehen sei, darüber sind die Meinungen fast ebenso verschieden, als über die Fragen, ob nicht alle beständigen Flüsse ohne Rücksicht auf ihre Schifffbarkeit und ob nicht auch alle beständig fließenden Bäche den öffentlichen Gewässern beizuzählen seien. Und, wie die Ansichten selbst verschieden, sind bei auch gleichen Meinungen noch verschieden die Arten ihrer Begründung. Es wäre eine werthlose und undankbare Mühe in alle Einzelheiten der Behauptungen und Gründe, welche über dieses Thema seit Noä Meurer<sup>1)</sup> bis heute aufgestellt worden sind, bestimmend oder widerlegend einzugehen und es mag daher genügen, die am meisten und besonders auch zur practischen Geltung gekommenen Ansichten kurz hervorzuheben.

Was zunächst das Römische Recht anbelangt, so stimmen Gesterding,<sup>2)</sup> Funke,<sup>3)</sup> Schwab,<sup>4)</sup> Sentenis,<sup>5)</sup> Mühlenbruch,<sup>6)</sup> Elvers,<sup>7)</sup> darin über-

1) Siehe eine Reihe von Schriftstellern über diesen Gegenstand in *Jus fluvaticum* — editum studio et cura Ahasveri Fritschii. Jena 1672 auch Franz Ludwig v. Cancrin: *Abhandlungen von dem Wasserrechte*. Halle 1789. 4.

2) Beiträge zum Wasserrechte im Archiv für die civil. Praxis Bb. 3. Abth. V. S. 60—70.

3) Beiträge zum Wasserrechte. Ebendas. Bb. 12. Abth. XV. und XXI.

4) Die Conflictte der Wasserfahrt auf den Flüssen u. s. w. Beilageheft zu Bb. 30 des Archiv's für civil. Praxis S. 15 und 20.

5) Das practische gemeine Civilrecht Bb. I. Buch 3. Kap. 2. S. 40 S. 415. 11.

6) Lehrbuch des Pandektenrechts Bb. II. S. 218 und die meisten übrigen Compendien mit mehr oder weniger Modificationen.

7) Das Recht des Wasserlaufes. Themis Bb. I. Heft 3. Neue Folge.

ein, daß hiernach und besonders nach §. 1—4 l. 1. Dig: de fluminibus. 43, 12. jedes beständig fließende Wasser, welches seiner Größe nach für einen Fluß gelte, als ein öffentliches Gewässer, die flumina torrentia dagegen und die eigentliche Bäche als Privatgewässer zu betrachten seien.

Hiervon nicht wesentlich abweichend ist Dr. L. F. Günther,<sup>8)</sup> welcher in diesen Abhandlungen das Römische, Deutsche und besonders auch Königl. S. Recht behandelt hat. Er findet in den Römischen Gesetzesstellen den Unterschied zwischen Flüssen und Bächen deshalb so sorgfältig hervorgehoben, damit das, was von jenen gelte, nicht auch auf diese bezogen werde. L. c. spec. §. III. in fine. Öffentliche Flüsse sind ihm solche, deren Eigenthum dem Staate, deren Benutzung Allen zusteht. Privatflüsse dagegen, welche sich im Privateigenthume befinden. L. c. §. II. Unter Fluß aber soll ein fließendes Gewässer von einer gewissen Größe, so daß es nach der Meinung der Anwohner nicht als Bach gilt, verstanden werden, vorausgesetzt, daß es einen dauernden Lauf habe, und nicht wie die Waldströme oder Wildbäche, welche als Privatflüsse zu betrachten, nur zeitweilig laufe. Die Eigenschaft des dauernden ununterbrochenen Fließens entscheide keineswegs für die Öffentlichkeit, da man ja an der aqua perennis nach l. 4. Dig: de aqua quotid. et aestiva 43. 20. Servituten bestellen könne, was Privateigenthum voraussetze. Uebrigens sei nicht in Abrede zu stellen, daß auch ein Bach, wenn er auf öffentlichem Grund und Boden entspringe, für öffentlich so lange gelten müsse, als er nicht wieder in Privatgebiet einfließe, wo er dann die Eigenschaft des Privateigenthums annehme. L. c. §. IV. V. VI. Noch abweichender von Funke's und der Uebrigen Ansichten sprechen sich aus, v. Bülow und Hagemann,<sup>9)</sup> je-

8) Quaestiones de jure aquarum Specimen I—V. Lipsiae 1826—1830.

9) Practische Erörterungen. Bb. I. Erörterung III verglichen mit Hagemann: Handbuch des Landwirtschaftsrechts Kap. V.

doch nicht allein von dem, ihrer Ansicht nach diesen Gegenstand nicht ganz deutlich entscheidenden, Römischen Rechte ausgehend. Sie sagen, es könne die Pandectenstelle §. 1—4 l. 1. Dig: 43. 12, in welcher Flüsse und Bäche nach der Größe oder der Meinung der Umwohner unterschieden würden, den Unterschied eines Flusses von einem Bache lediglich nur in natürlicher, nicht in rechtlicher Beziehung haben feststellen wollen, indem unbestritten häufig ganz unbeträchtliche Bäche öffentliche Eigenschaft hätten. Ebenso wenig aber könne das stete Fortfließen eines Wassers im Gegensatze des Vertrocknens im Sommer über die öffentliche Qualität eines Flusses entscheiden, weil, wenn man alle fortfließenden Wasser im Gegensatze derjenigen, welche im Sommer vertrocknen, für öffentliche Flüsse ansehen wolle, es zumal in platten Gegenden beinahe gar keine Privatflüsse, außer etwa temporeller Waldströme und elender Pfügen, welche hierher zu rechnen wären, geben würde, welchem doch die tägliche Erfahrung widerspreche. Der Unterschied eines öffentlichen vom einem Privatflusse könne vielmehr nur dadurch richtig bestimmt werden, daß man die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer mit einander verbinde und dabei auf die, in jedem vorkommenden Falle eintretenden Umstände die gehörige Rücksicht nehme. Daß ein großer schiffbarer Fluß als ein öffentlicher nach Römischem wie nach Deutschem Rechte anzusehen sei, darüber könne Niemand zweifeln. Bei streitiger Qualität aber seien folgende Momente entscheidend: 1) die stete oder nur temporelle Dauer des fließenden Wassers, 2) das Lokal seines Ursprungs und Laufes, 3) der Gebrauch, welcher von demselben gemacht werde, und 4) etwa noch die Meinung oder Überzeugung der Benachbarten; auf die mehrere oder mindere Größe des Wasserlaufes komme es nicht an. Auch könne bei manchem Flusse oder Bache das eine oder das andere dieser Erfordernisse ermangeln, ohne daß derselbe dadurch aufhöre, ein öffentliches Wasser zu sein.

Hiernach könne nun ein Privatfluß Nichts anders sein, als ein solches fließendes Wasser, auf welches die angegebenen Eigenschaften und Erfordernisse eines öffentlichen Flusses nicht paßten. Unterschieden müsse jedoch werden, um Widersprüche zu vermeiden, auch hinsichtlich dieser in Rücksicht auf das daran zustehende Eigenthums- und Benutzungsrecht zwischen Privatflüssen im engeren Verstande und gemeinschaftlichen Flüssen - *flumina communia*. — Zu der ersteren Gattung werden gerechnet alle diejenigen fließenden Wasser, deren unbeschränktes Eigenthum durch Vergünstigung, durch Verjährung oder durch eine gänzliche Abfindung der vormals daran Interessirten auf einen Privatmann ausschließlich übergegangen ist, ferner diejenigen, welche auf dem Eigenthume eines Privatmannes entspringen und lediglich desselben Besitzungen durchströmen.

Zu den gemeinschaftlichen Flüssen seien zu zählen alle übrigen fließenden Gewässer, die weder durch Vertrag noch durch Verjährung in das alleinige Eigenthum eines Privatmannes gekommen seien, die auf gemeinschaftlichem Grund und Boden entspringen oder doch bald nach ihrem Ursprunge durch die Grundstücke mehrerer Privatpersonen ihren Lauf nehmen, und die demnach vermöge ihrer übrigen Qualitäten nicht zu den öffentlichen Flüssen gerechnet werden können. Bei dieser Gattung der Privatflüsse könne sich eine einzelne Privatperson ein ausschließendes Eigenthum nicht zueigen, vielmehr trete in Rücksicht derselben ein Miteigenthum oder Mitbenutzungsrecht derjenigen ein, welche dieses hergebracht hätten, oder durch deren Grundstücke das Wasser fließe, und zwar nach den über jede Gemeinschaft zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätzen.

Nach Kori's Erörterungen<sup>10)</sup> findet ein rechtlicher

10) Kori über das Wasserrecht Bd. 18. Abth. II. im Archiv für civill. Praxis.

Unterschied zwischen Flüssen und Bächen um ihrer natürlichen Beschaffenheit willen, nicht statt. Auch die *flumina publica*, wie aus den speciellen Gesetzen über die einzelnen daran zustehenden Benutzungen hervorgeht, sind nicht als eigentliches Staats Eigenthum zu betrachten, sondern sollen nur zum öffentlichen gemeinen Gebrauche der Anlieger und dritter Person dienen, während den Anliegern noch besondere Nutzungsrechte für ihre Grundstücke zustehen. Uebrigens schließt die öffentliche Eigenschaft der laufenden Gewässer die Erwerbung gewisser ausschließlicher Nutzungsrechte Seitens des Staates, des Fiskus oder Privatpersonen nicht aus. Hoffmann: Beiträge zur Lehre von der Eintheilung der Sachen, erkennt ebenfalls die öffentliche Eigenschaft der Bäche an, stützt im Uebrigen aber seine Theorie auf ein Eigenthum am Flußbette, indem er als öffentliche Flüsse diejenigen erklärt, deren Bett Eigenthum des Volkes sei, deren Gebrauch aber jedem Staatsbürger zustehet; im Zweifel sei jedes Flußbett öffentlich und es müsse mithin von dem, welcher Eigenthum daran behaupte, Beweis desselben gefordert werden, wobei dann die Perennität des Wassers entscheidend werde.<sup>11)</sup>

In einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Jena<sup>12)</sup> wird unter Bezugnahme auf Unterholzener, Schuldverhältnisse Bd. II. S. 160<sup>13)</sup> die Ansicht

11) Vergl. über Hoffmann auch Stintenis a. a. O. S. 417 Anmerkung 4<sup>o</sup>.

12) Emminghaus, Pandecten des gemeinen Sächsischen Rechts B. 6. Titel 2. Stiff 13.

13) Unterholzener unterscheidet fließende Gewässer (*flumina, rivi*) und stehende Gewässer (*lacus, paludes*). Welcherlei Gewässer sind entweder öffentliche oder Privatgewässer. Der Unterschied soll nicht sowohl das Eigenthum an dem Wasser selbst bestimmen, da die Masse des fließenden Wassers (*agua profluens*) so lange dieses im fließenden Zustande sich befinde, eigentlich Niemandes Eigenthum sei, als vielmehr das Eigenthum an dem Bette, in welchem das Gewässer umschlossen ist und dessen Rän-

geltend gemacht, daß der Unterschied öffentlicher Flüsse von Privatflüssen vorzugsweise davon abhängt, ob das Bett von Flüssen in Niemandes oder in Jemandes Eigenthum stehe, wobei das regelmäßige Fließen, dem gegenüber das Austrocknen im Sommer nicht in Betracht komme, unterstützend für die Annahme der öffentlichen Qualität eines Flusses sei.

In dem Folgenden soll nun nachgewiesen werden: 1) daß alle fließenden Gewässer in dem oben bezeichneten Sinne, also alle Ströme, Flüsse und Bäche nach Römischen Rechte öffentliche Gewässer seien, und 2) was in den Römischen Rechtsquellen unter *publicum* und *privatum* in dieser Beziehung zu verstehen sei. Der Stützpunkt aller derjenigen, welche den Bächen die öffentliche Eigenschaft absprechen, ist die bereits oben ange-

---

der insbesondere die Ufer heißen. Privatgewässer sollen daher diejenigen sein, von denen sich nachweisen läßt, daß der Grund und Boden des Wasserbettes Privateigenthum ist; alle übrigen sind öffentliche Gewässer. Als solche sind in der Regel alle ununterbrochen fließenden Gewässer (*lumina perennia*) zu betrachten, gleichviel ob das Gewässer ein Fluß oder ein Bach heißt. Auch hört ein solches nicht auf, es zu sein, wenn das Wasser ein neues Rinnsal sich grabend, den Lauf über Privateigenthum nimmt, vielmehr wird dieses dadurch in öffentliches Land verwandelt. Auch erkennt Unterholzener an, daß *flumen* im weiteren Sinne alles fließende Gewässer bedeute. Merkwürdiger Weise bezieht er sich aber zum Beleg für die Behauptung, daß das Eigenthum an dem Flußbette auch eines beständig fließenden Wassers über das Eigenthum an dem Gewässer selbst überhaupt entscheide auf die Worte in §. 7. l. 1. *Dig. 43. 12. impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus*, eine Stelle aus der gerade das Gegentheil der von Unterholzener aufgestellten Behauptung, nämlich, daß das Wasser über das Bette, nicht dieses über jenes entscheide, mit Sicherheit folgt, wie wir weiter unten zeigen werden. Hätte sich Unterholzener von diesem Irrthume, der freilich wesentlichen Einfluß auf die ganze Lehre gehabt hat, freimachen können, so würde er unzweifelhaft zu denselben Resultaten, welche in dieser Abhandlung gefunden worden sind, gelangt sein, denn weit vor allen Andern findet sich bei ihm ein richtiges Verständniß der hier einschlagenden Stellen des Römischen Rechts. — Von einem Wassereigenthum, beruhend auf dem Eigenthume an der vom Wasser bedeckten Erdoberfläche spricht auch *Blume: Syst. d. Pr. R. §. 165.*



zogene Pandectenstelle §. 1—4 l. 1. Dig: de fluminibus, 43. 12. (Ulpianus lib. 68 ad edictum).<sup>14)</sup>

Vornämlich haben die von Funke gegebene Auslegung dieser Stelle und die daran anschließende auf noch andere innere Gründe gestützte Entwicklung von Elvers, in Theorie und Praxis besondern Beifall gefunden.

„Das R. R.“ sagt Funke a. a. D. S. 275 1c. „unterscheidet zwischen flumen publicum und privatum und zwischen flumen und rivus. Zweifelhaft aber ist es, worin eigentlich der Unterschied zu suchen sei. Nur zwei Stellen bezeichnen jenen Unterschied näher.“ Es werden die beiden Stellen l. 1. §. 1. Dig. 43, 11 §. 3 ibd. wörtlich angeführt und dann weiter gesagt: „das flumen perenne wird aber als ein flumen quod semper fluit beschrieben, im Gegensatz von flumen torrens, id est hyeme fluens. Da nun sonach nicht jedes aqua semper fluens, flumen publicum sein soll, sondern nur jedes flumen semper fluens, und da rivus ausdrücklich als verschieden von flumen und torrens, im Gegensatz von flumen publicum bezeichnet

---

14) Diese Stelle lautet wörtlich: Ait Praetor: Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat. §. 1. Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium. §. 2. Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est quod semper fluit, ἀένναος, torrens ὁ χειμάροπος, id est, hyeme fluens. Si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. §. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam Celsus probat, videtur esse probabilis. §. 4. Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum: nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum. §. 10 ibd. nam quod fit in privato flumine perinde est atque si in alio privato loco fiat, zusammengehalten mit §. 2. Instit. de rerum divis. II. 1. Flumina autem omnia et portus publica sunt womit jedoch nicht ganz die Stelle des Marcianus §. 1. l. 4. Dig: de divis. rerum l. 8. Sed flumina pene omnia et portus publica sunt übereinstimmt.

wird, so muß man nothwendig auf der einen Seite zwischen rivus und flumen, und auf der andern zwischen torrens und flumen unterscheiden und kann also auch nicht davon ausgehen, daß jedes beständig fließende Wasser als flumen publicum zu betrachten sei. Vielmehr ist nach Römischem Rechte nur das fließende Wasser ein öffentlicher Fluß, welches entweder seiner Größe wegen unbedingt für einen Fluß zu halten ist, oder von den Angrenzenden als ein solcher bezeichnet wird, je nachdem die Größe dieses von selbst außer Zweifel setzt oder nicht. Auf diese Art lassen sich jene beiden Stellen in einen natürlichen Einklang bringen, wogegen sie im Widerspruche mit sich selbst stehen würden, wenn man das perenne, welches als Merkmal für flumen publicum angegeben wird, allgemein von jedem fließenden Wasser verstehen wollte. Auch erklärt es sich auf diese Art recht wohl, wenn es in den Institutionen heißt: flumina omnia, und in den Pandecten, flumina pene omnia publica esse; denn flumen publicum muß hier im Gegensatz von torrens gedacht werden, und flumina torrentia gab es natürlich nur wenige, daher die Institutionen ihrer gar nicht gedenken, alle flumina scilicet perennia als publica bezeichnend, und die Pandecten solches durch ein pene andeuten. Wie groß aber die Römer sich ein fließendes Wasser dachten, um es als Fluß zu bezeichnen, und somit als flumen publicum gelten zu lassen, darüber findet sich nichts Näheres im Römischen Rechte vor. Indes muß man wohl annehmen, daß sie auch kleinere fließende Wasser zu den Flüssen zählten, denn nicht nur, daß sie auch nicht schiffbare dahin rechneten und daß rivus von den Grammatikern nur als tenuis aquae fluor bezeichnet wird; es finden sich auch sonstige Bestimmungen vor, welche darauf hindeuten, wohin ich nämlich diejenigen rechne, welche die Art und Weise vorzuschreiben, wie man nicht über flumina publica soll verfügen können. Denn es sprechen die Gesetze nicht nur davon, daß nichts im oder am öffentlichen Flusse vorgenommen

werden dürfe, wodurch der Lauf des Wassers verändert und langsamer, seichter oder reißender werde — was doch bei einem größern Flusse an sich schon weniger zu fürchten gewesen wäre, — sondern es verbieten dieselben sogar das derivare eines öffentlichen Flusses und solche Vorrichtungen, wodurch der Fluß austrocknen könne, und man muß sich diese Verbote um so mehr in Beziehung zu kleinern Flüssen denken, als sich dieselben hauptsächlich auf das Benützen des Wassers zu Wasserleitungen und Wässerungen bezogen, die doch einem großen Flusse nicht so leicht wesentlichen Nachtheil hätten bringen können, sonstige Wasserbaue aber, besonders zu den Zeiten der ersten Kaiser, nicht eben sehr häufig sein mochten.“

Das schließliche Resultat dieser Deduction ist, (S. 285) daß es zwar keine Privatflüsse gebe, daß aber das Deutsche Recht die Bäche im Eigenthume der angrenzenden Grundstückbesitzer sein lasse, und daselbe gelte wohl auch vom Römischen, da dieses die *flumina perennia* von den *rivis* unterscheide und nur jene für *publica* erkläre, woraus sich jedoch keineswegs folgern lasse, daß jeder Eigenthümer unbedingt darüber disponiren und solche den niedern Besitzern willkürlich entziehen könne. Eine Consequenz, zu welcher Gesterding auf dem Wege der Theorie des Privateigenthums an den Bächen gelangt; <sup>15)</sup> obwohl er selbst gestehen muß, daß wenn davon die Rede wäre, was in dieser Sphäre Rechtens sein könnte, es besser wäre, das Eigenthum der Bäche auf ähnliche Art wie das der Flüsse, allen denjenigen beizulegen, deren Grundstücke sie durchfließen, so daß jeder Anwohnende dieses Geschenk der Natur genießen, keiner den andern davon ausschließen dürfte. Die ebenfalls auf Anerkennung eines Privateigenthums an Bächen hinauslaufende Theorie von *Elvers* unterscheidet sich dadurch von der *Funkes*, daß sie von *aqua profluens* als einer *res naturali jure omnium*

---

15) Gesterding a. a. D. S. 64.

communis ausgehend diese Eigenschaft dem in den Bächen und Flüssen fließenden Wasser fortwährend beibehalten läßt; das fließende Wasser des kleinsten Baches wie des größten Flusses als in natürlicher Freiheit befindlich und daher an sich als für Jedermann occupationsfähig anerkennt. Wenn aber auch das fließende Wasser Gemeingut sei, so gehöre doch der Bach selbst oder der natürliche Wasserweg als Theil des Grundes und Bodens dem Grundherrn und wenn ein Grenzbach in Frage stehe, beiden Nachbarn gemeinschaftlich, so daß in Zweifel die Mitte des Baches die Grenze bilde. Denn der Fluß werde dadurch Gemeingut, daß die größere Stromgewalt desselben Besitz und Eigenthum des Grund und Bodens dauernd dem Privateigenthümer entziehe, während durch das geringere Wasser des Baches, selbst bei großen Anschwellungen der Bäche, höchstens nur der Besitz an Grund und Boden oder an dem Bette des Baches temporär gehindert werde, nicht aber das Eigenthumsrecht selbst verloren gehe. Demnach komme es hier an, theils auf die Größe und Gewalt der ordentlichen Wasserströmung, theils die bleibende Occupation durch diese. Von der, im Zweifel nach der Ansicht der Umwohner zu beurtheilenden Größe, hänge insbesondere der Unterschied zwischen Bächen und Flüssen ab, von der vorübergehenden oder dauernden Occupation des Bodens der Unterschied zwischen Privat- und öffentlichen Flüssen.<sup>16)</sup>

Wenn Funke davon ausgeht, daß die Richtigkeit der Behauptung, alle beständig fließende Wasser seien öffentliche Flüsse oder öffentliche Gewässer, nothwendig den Gebrauch des Wortes *aqua semper fluens*, statt *flumen semper fluens* in den Quellenstellen voraussetze, so liegt darin ein doppelter Irrthum. Einerseits nämlich wird damit supponirt, daß wer die öffentliche Eigenschaft der eigentlichen Ströme, Flüsse und Bäche behaupte, auch

16) *Elvers a. a. D. §. 5 S. 428.*

unbedingt alle Quellen, Teiche, Seen, Brunnen, kurz alle mit aqua perennis versehenen Gewässer für öffentliche Gewässer gelten lassen müsse; andrerseits, daß flumen in allen den hier einschlagenden Stellen einen Fluß im eigentlichen Sinne bezeichne. Jenes ist nicht der Fall, indem wir vollkommen damit einverstanden sind, jede durch natürliche oder künstliche Umsfassung von Privateigenthume, der Herrschaft des Privatwillens unterworfenene aqua perennis, aqua viva mit Ulpianus (pr. l. II. Dig: quod vi aut clam, 43. 24.) als eine portio agri und daher als Theil des Privateigenthums insofern gelten zu lassen, als durch das Mittel des umgebenden privaten Grund und Bodens die aqua perennis beherrscht und der Disposition Dritter entzogen wird, mit einem Worte gefangen und gerade so zu beurtheilen ist, wie Wasser, welches mittelst eines Gefäßes aus einem Fluß geschöpft und in dem Gefäße gefangen ist, oder wie ein, in einem luftdichten Raume, eingeschlossener Lufttheil. Es kann also daraus, daß nicht jede aqua semper luens, flumen publicum sein soll, nicht geschlossen werden, daß nur jedes flumen semper luens ein öffentliches Gewässer sei, sondern folgerichtig nur, daß aqua perennis dem Privateigenthume unterworfen sein könne. Hinsichtlich welcher aqua perennis aber und unter welchen Verhältnissen dieses der Fall sei, bleibt eine offene Frage, die eben beantwortet werden soll. Demnach hat die von Funke supponirte Voraussetzung, daß alle fließende Gewässer nur dann als öffentliche angesehen werden dürften, wenn in jenen Gesetzesstellen das Wort aqua statt flumen gebraucht worden wäre, an sich gar keine Bedeutung und Schlüssigkeit. Er nimmt daher zur Begründung seines Schlusses noch den weiter beigefügten Gegensatz von flumen und rivus zur Hülfe, indem rivus von flumen und torrens, im Gegensatze von flumen publicum, unterschieden werde, und kommt damit zu dem Resultate, daß nur eigentliche Flüsse als öffentliche fließende Gewässer zu betrachten seien.

Zwar verwahrt er sich a. a. D. S. 279. Anmerkung 19 dagegen, daß nach seiner Auslegung unter den fluminibus privatis Bäche verstanden werden könnten, und gewiß will er dieselben nicht den fluminibus torrentibus gleichgeachtet wissen, indem er die Zugehörigkeit daran von der an den öffentlichen Flüssen einerseits und von den Privatflüssen andererseits, dadurch unterscheidet, daß er die Bäche als im ausschließlichen Eigenthume der angrenzenden Grundstücksbesitzer befindlich ansieht. Allein, einmal ist für uns diese Unterscheidung gleichgiltig, weil wir jede Art des Eigenthums, also auch das gemeinschaftliche Eigenthum an fließenden Gewässern selbst entschieden in Abrede stellen; und dann fehlt zur Schlüssigkeit der aus jenen Gegensätzen gezogenen Folgerung, der als Vorderfag nothwendige Nachweis, daß die Römischen Juristen überhaupt oder wenigstens in jener eben bezogenen Stelle die rivi den fluminibus (publicis) in einer rechtlichen Beziehung als Privatgewässer, in Eines oder Mehrere Eigenthume, den öffentlichen Gewässern entgegengesetzt haben. Daß dieses nicht angenommen werden könne, sondern lediglich von dem natürlichen auf die Rechtsverhältnisse durchaus einflußlosen Unterschiede der Größe zwischen Flüssen und Bächen in jener Stelle die Rede sei, haben bereits v. Bülow und Hagemann a. a. D. S. 52 Kori a. a. D. S. 50 Anmerkung 42 richtig bemerkt. Es folgt dieses entschieden aus der Weglassung des gerade den rechtlichen Unterschied charakterisirenden Beiwortes publicum bei dem Worte flumen; es folgt dieses ferner daraus, daß nur die Größe, ein rein zufälliges factisches Verhältniß, als unterscheidendes Merkmal zwischen Flüssen und Bächen aufgestellt wird, ein so unsicheres Merkmal, daß im Zweifel die Entscheidung darüber der Meinung der Ummohner überlassen wird; es folgt dieses aus der Unmöglichkeit, so weitgreifende Rechtsbegriffe durch so durchaus unklare Kennzeichen bestimmen zu können, gerade so als wollte

man die Begriffe von Kauf und Verkauf nach großen und kleinen Häusern festsetzen; es folgt dieses aus dem Widerspruche gegen eine solche Annahme aller der Stellen, in welchen sich die Grundsätze über öffentliche Flüsse auf solche fließende Gewässer angewendet finden, die nach den Umständen, unter welchen von ihnen die Rede ist, und unter denen auf ihre Größe zurückgeschlossen werden muß, gewiß nach keiner Anwohner Meinung für Flüsse erachtet worden sind; es folgt dieses endlich aus dem später zu erörternden obersten Principe, welches für die, allen beständig fließenden Gewässern beigelegte, öffentliche Eigenschaft den Römern maassgebend gewesen ist und, wenn man noch will, aus der Absurdität der strengen Consequenzen der gegentheiligen Ansicht, wie sie sich am vollendetsten bei Gesterding ausgeprägt findet.

Auffallend hätte es sein und wenigstens zum Aufsuchen eines Grundes antreiben sollen, was Funke selbst hervorhebt, daß ein so umfassendes Rechtssystem wie das Römische keine weiteren als die angeblich in der in Rede stehenden Stelle befindlichen Bestimmungen über die rechtlichen Verhältnisse der Bäche enthalte, während doch unläugbar dieselben jeder Gesetzgebung zu besonderer Rücksicht auf sie, nicht minder wie andere Gewässer, Veranlassung geben, was am deutlichsten die vielfachen theoretischen Erörterungen darüber bekunden. Aber in diesen Erörterungen ist eben das wunderbarste, daß sie entweder zu sehr schwankenden und haltlosen, oder geradezu unrichtigen, oder zu solchen richtigen Resultaten führen, welche ihre wahre Begründung nur in der principiellen Gleichsetzung der Bäche mit den Flüssen rücksichtlich ihrer rechtlichen Eigenschaft finden können. Denn sehen wir bei Funke von den Sätzen ab, welche er aus der unrichtigen Voraussetzung eines ausschließlichen Eigenthumes der anliegenden Grundstücksbesitzer an den Bächen herleitet, so erscheint als letzter Kern seiner Erörterungen die analoge Anwendung der für öffentliche Flüsse

geltenden Rechtsätze auf die Bäche, soweit eine solche Analogie die eigenthümliche Eigenschaft der Flüsse als öffentliche Gewässer zulasse.<sup>17)</sup>

Ein Endresultat, welches wiederum daran hinkt, daß als eigenthümliche rechtliche Eigenschaft der Flüsse, als öffentliche, im Gegensatz der Bäche, das Recht dieselben zu befischen und zu befahren geltend gemacht wird, da doch das Recht, die Flüsse zu befahren, zunächst lediglich eine Folge ihrer natürlichen, den Bächen dafür abgehenden Qualification ist; und das Recht der anliegenden Grundstücksbesitzer, Dritte von der Befischung der Bäche auszuschließen, ursprünglich nicht aus dem Eigenthume an denselben als fließende Wasser, sondern entweder aus besondern Erwerbstiteln dieses Nutzungsrechtes gerade wie bei den Flüssen, oder daraus herzuleiten ist, daß sie vermöge des ausschließlichen Rechtes über den Grundbesitz den Zugang zu den Bächen zum Behuf deren Befischung dritten nicht Berechtigten wehren können; endlich es geradezu unrichtig ist, daß, wenn ein oder der andere dieser Gründe nicht vorliegt, das Befischen der Bäche nicht ebenso wie das der Flüsse freigegeben sein sollte. Denn die freie Fischerei ist nach Römischem Rechte nicht ein unmittelbarer Ausfluß des Wasserrechtes, sondern der Eigenschaft der Fische als *res nullius* im Zustande der Freiheit und dieselbe erscheint, als Privatrecht nur da, wo die Fische mittelst der Herrschaft über das Wasser zugleich mit diesem, als durch dieses Mittel occupirt, der Eigenthumsverfügung unterliegen, durchaus analog der Jagd und dem Vogelfange<sup>18)</sup>. Alle diese Inconvenienzen rühren von dem Schwanken im Principe her. Es ist wahr, sehr nahe liegt die Versuchung den §. 1. l. 1. Dig. 43. 12. unmittelbar auf die

17) Funke a. a. O. S. 286.

18) §. 12. l. 1. Inst. II. §. 14. l. 3. Dig. de acquirenda possessione. 41. 2. §. 7. l. 13. Dig. de injuriis 47. 10. §. 5. l. 9. Dig. de usufructu 7. 1.



folgenden Stellen zu beziehen, und dadurch auf einen rechtlichen Gegensatz zwischen Flüssen und Bächen zu schließen und zum Theil hat wohl diese unrichtige Construction zu der ganzen irrthümlichen Lehre Veranlassung gegeben. Allein dieser übrigens an sich ganz müßige §. 1 hat nur zum Zweck das in der vorhergehenden Ediktsstelle vorkommende Wort *flumen* in der Bedeutung von Fluß zu erläutern, kann aber deshalb mit den folgenden Stellen nicht in unmittelbare Beziehung gesetzt werden, weil in diesen *flumen* nicht mehr ausschließlich Fluß im eigentlichen Sinne bedeutet, sondern mehre, unter einander verschiedene Begriffe, namentlich aber schlechthin alle fließenden Gewässer ohne Rücksicht auf ihre Größe bezeichnet. Dieses nicht zu übersehen, ist von um so größern Belang, als die Theorie von dem rechtlichen Unterschiede der Flüsse und der Bäche wesentlich mit auf die Bedeutung des Wortes *flumen* als Fluß im engeren Sinne, namentlich auch von Junke, gestützt ist, obwohl derselbe zugiebt, daß die Römer auch nicht eigentliche Flußwasser *flumina* nannten.<sup>19)</sup> Wenn nun auch *flumen* in den Titeln 12. 13. und 14. Dig. 43. nicht gerade in der Bedeutung vorkommt, welche es in der von Junke angeführten Stelle §. 23. l. 1. Dig. de aqua et aq. plv. 39, 3. hat, so ist doch leicht zu erweisen, daß es in diesen Titeln ebensowenig durchgängig die Bedeutung nur von Fluß im engern Sinne habe. Es ist vielmehr *flumen* in sehr vielen und entscheidenden Stellen die Bezeichnung für jedes dauernd fließende Gewässer ohne alle Rücksicht auf dessen Größe und Eigenschaft als Fluß, begreift daher in sich eben sowohl die Ströme und Flüsse als die Bäche und liefert damit den unwiderleglichen Beweis, daß die Römer zwischen Flüssen und

19) Junke a. a. O. S. 276. Anmerkung 7.

Bächen einen rechtlichen Unterschied niemals gemacht haben.

Wir wollen neben dem sprachlichen Nachweise für diese Behauptung zugleich die Belege für die übrigen Bedeutungen von flumen mitgeben.

Die ursprüngliche Bedeutung von flumen ist seiner Abstammung von fluere nach: das Fließende, namentlich das fließende Wasser id, quod fluit, aqua fluens; in fließenden Gewässern also der eigentliche Wasserfluß. §. 5. l. 1. Dig. de fluminibus 43, 12. Ripa autem ita recte definietur, id, quod flumen (das fließende Wasser) continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. §. 11 ibid: In flumine publico factum accipere debemus, quidquid in aqua fiat. §. 1. l. 3. ibid: Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet. l. 1. Cod: de alluvionibus 7. 41. Quamvis fluminis naturalem cursum (den natürlichen Wasserlauf) opere manu facto alio non licet avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis (des reißenden Wasserstromes) impetum munire prohibitum non est. Et cum fluvius (der Fluß) priore alveo derelicto alium sibi facit: ager, quem circumit, prioris domini manet. Die hier vorkommende gleiche Bedeutung von amnis mit flumen im Sinne von Wasserstrom findet sich §. 2. l. 30. Dig: de acquirendo dominio 41. 1. Tribus modis insula in flumine fit: uno cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit. §. 10. l. 1. Dig: 43. 12. Idem si amnis aliquid circumeat, sciendum est ejus manere, cujus fuit.

In einer zweiten Bedeutung bezeichnet flumen Wasser mit dem Nebengriff des durch die Macht seiner Strömung wirkenden Elementes.<sup>20)</sup>

20) §. 4. l. 24. Dig: de damno infecto 39. 2. quid enim tam firmum aedificium est, ut fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut ruinae, incendii, aut terrae motus vim sustinere possit. §. 3. ibd: Et Labeo quidem scribit, de damno dato non posse agi, si quid

Archiv f. d. civil. Praxis, XXXVIII. Bd. 2. Heft.

In einer dritten Bedeutung bezeichnet *flumen* jeden beliebigen Wasserzufluß, namentlich der Regenwasser.<sup>21)</sup> Die vierte, hier entscheidende Bedeutung des Wortes *flumen* ist die eines jeden fließenden Gewässers, besonders aber der in regelmäßigen Betten, zwischen Ufern fließenden Gewässer, ohne alle Rücksicht auf ihre Größe. Die erste Bedeutung schlechthin eines fließenden Gewässers hat es in §. 2. l. 1. Dig: de fluminibus 43, 12. (Ulpianus lib. 68 ad Edictum.) Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia, d. h. von den fließenden Gewässern sind manche dauernd, andere nur vorübergehend fließende. Vergl. mit dieser Stelle §. 9. l. 2. Dig: de aqua et aquae pluviae arcendae, 39, 3. Item Labeo ait, si vicinus flumen, torrentem averterit, d. h. wenn der Nachbar irgend einem fließenden Gewässer, einem Wildbache einen andern Lauf angewiesen hat. Die zweite Bedeutung erscheint in folgenden Stellen: pr. l. 3. Dig: de fluminibus, 43, 12. (Paulus liber 16 ad Sabinum.) Flumina publica, quae fluunt, ripaeque eorum publicae sunt. 1. Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet. Diese Stelle sagt: Öffentliche Gewässer sind solche, welche fließen, wie denn auch deren Ufer öffentlich sind. Es ist unmöglich, mit Beibehaltung eines vernünftigen Sinnes hier das

---

forte terrae motu, aut vi fluminis aliove quo casu fortuito occiderit. §. 5 ibd: Idem Servius putat, si controversia aquae insulam subverterit — Si autem aqua vitiet fundamenta et sic aedificatum ruisset, committi stipulationem ait: multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde, sic deciderit. §. 11. ibd: Sed et quod Labeo putat, verum esse, referre utrum impulsu fluminis ruit aedificium, an deterius ante factum postea ceciderit.

21) §. 23. l. 1. Dig: de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3. Denique ait, conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas: ut, quibus agris magna sunt flumina etc. (Neder, auf welchen sich Wasser in großer Menge ansammelt.) §. 4. l. 20. Dig: de serv. praed. urb: 8, 2. — quia sit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen.

Wort *flumen* durch *Fluß* zu übersetzen, wohl aber werden wegen Erwähnung der Ufer hier solche fließende Gewässer zu verstehen sein, welche dauernd zwischen regelmäßigen Ufern fließen, also Bäche so gut wie Ströme und Flüsse, im Gegensatz der *torrentia*. Daß nicht allein größere, schiffbare Flüsse, sondern auch kleinere fließende Gewässer unter *flumina publica* verstanden werden, lassen folgende Stellen §. 18. l. 1. *ibd*: *Sed et si in flumine publico non tamen navigabili fiat, item putat.* §. 14. *ibd*: *Navigii appellatione etiam rates continentur.* §. 2. l. 1. *Dig*: *ibd*. 13. *Pertinet autem ad flumina publica sive navigabilia sunt, sive non.* Ganz indifferent erscheint die Größe des fließenden Wassers in der Vorschrift. §. 3. l. 1. *Dig*. *ibd*.<sup>22)</sup> Niemand kann in Abrede stellen, daß die hier gedachten Aenderungen des Wasserlaufes eben so gut und mehr noch an einem Bache als an einem Flusse oder Strome vorgenommen werden können, demnach sich die Vorschriften über *flumina publica* auch auf Bäche beziehen, Bäche also auch mit unter den *fluminibus publicis* begriffen sein müssen. Dasselbe gilt von der Vorschrift in l. 2. *Dig*. *ibd*. 12. Ganz entschieden nur auf Bäche oder von diesen durch Nichts als den zufälligen Namen unterschiedene, kleine Fließchen, jedenfalls aber ebenso auf Bäche wie auf kleine Flüsse sind folgende Stellen zu beziehen: §. 1. l. 1. *Dig*. *ne quid in flum. publ.* 43, 13. (*Ulpianus*) §. 12. l. 1. *Dig*. *ibd*.<sup>23)</sup> *Utiliter*

22) *Quod autem ait, „aliter fluat“ non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum, et ad rigorem cursus aquae referendum est. Et generaliter dicendum est, ita demum interdicto quem teneri, si mutetur aquae cursus per hoc, quod factum est, dum vel depressior vel arctior fiat aqua, ac per hoc rapidior sit cum incommodo accolentium. Et si quod aliud vitii accolae ex facto ejus, qui convenitur sentient, interdicto locus erit.*

23) *Hoc interdicto prospexit Praetor, ne derivationibus minus concessis, flumina excrescant, vel mutatus alveus vicinis injuriam aliquam adferat.* §. 12. l. 1. *Dig*. *ibd*. *Sed Labeo scribit,*

nämlich in Rücksicht auf die Geltung des Interdicts ursprünglich nur für die *flumina navigabilia*, von denen vorzugsweise in dem Titel 12 die Rede ist, woraus aber um so weniger eine Beurtheilung der Bäche nur nach Analogie der *flumina publica* gefolgert werden darf, als in den andern hier einschlagenden Paudecentiteln die für *flumina publica* gegebenen Interdicte directe Anwendung auch auf die Bäche finden.<sup>21)</sup>

Wenn wir endlich die Interdicte über *flumina publica* wie in §. 4. l. 1. Dig. ibd. selbst auf Wassergerinne, *rivi*, angewendet finden, so kann doch in der That kein Zweifel mehr übrig bleiben, daß die Interdicte auf kleine und große Gewässer sich beziehen; die Größe des fließenden Wassers also für dessen rechtliche Beurtheilung keinen Unterschied begründen könne.

Hiernach und besonders im Zusammenhange mit dem oben angeführten Ausspruche des Paulus wird man keinen Anstand zu nehmen brauchen, auch die Stellen der Institutionen §. 2. tit. 1. lib. II. *flumina autem omnia et portus publica sunt*, und §. 4. ibd. *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis* in dem Sinne aufzufassen, daß sie alle dauernd fließenden Gewässer für öffentliche erklären, und nicht bloß die Flüsse. Unklar bleibt, welche Ausnahmen Marcianus in §. 1. l. 4. Dig. de divis. rerum l. 8. im Sinne gehabt.

Erst an fünfter Stelle kann die Bedeutung von *flumen* als Fluß im engeren Sinne aufgeführt werden. Diese Bedeutung hat es unzweifelhaft in §. 1. l. 1. Dig. de fluminibus 43, 12. dann beispielweise noch in l. 2. Cod.

*non esse iniquum, etiam, si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat, vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere.*

21) §. 7. l. 1. Dig. ibd. 13. *Plerosque scio prorsus flumina averlisse, alveosquo mutasse, dum praediis suis consulunt.* Ein Fall, der gewiß bei wirklichen Flüssen nicht so häufig vorkommt und vorkommen kann, als bei Bächen.

de alluvionibus 7. 41. inundatio Nili fluminis l. 3. ibd. Ea, quae per alluviones (sive in Aegypto per Nilum, sive in aliis provinciis per diversa flumina) possessoribus acquirantur. Die bei weitem vorwiegende und am häufigsten vorkommende Bedeutung bleibt aber die vierte. In sehr vielen Stellen, wo dieses Wort in dieser Bedeutung vorkommt, wird es schwierig sein, nachzuweisen, welche bestimmte Größe des fließenden Gewässers bei der Anwendung des Wortes vorgeschwebt hat, die Größe also als etwas ganz Gleichgiltiges erscheinen.

Aus dieser allgemeinen Bedeutung von flumen, daraus also, daß unter flumen die fließenden Gewässer aller Größen begriffen werden, erklärt sich denn auch, warum von Bächen insbesondere nirgends die Rede in den Römischen Gesetzstellen ist. Sie sind eben überall mit gemeint, wo von dauernd fließenden Gewässern gesprochen wird und nicht klar aus dem einen oder andern Umfange hervorgeht, daß eine besondere Gattung dieser Gewässer an bestimmter Stelle verstanden werden sollte. Die Behauptung von Sintenis<sup>25)</sup>, daß in den Titeln de fluminibus von der Bezeichnung auch nicht eigentlichen Flußwassers durch flumen nicht die Rede sei, ist daher in diesem Umfange falsch und nur insoweit zuzugeben, daß flumen nicht in der Bedeutung, welche wir ihm oben als die dritte beigelegt haben, in diesen Titeln vorkomme. Mit ihrer Begründung fällt sonach die Theorie Junke's und Derer, welche mit ihm der gleichen Ansicht sind, daß die sprachliche Bedeutung des Wortes flumen als Fluß im eigentlichen Sinne, für die Rechtstheorie der fließenden Gewässer maßgebend sei.

Eine Stelle verdient jedoch hier noch einer kurzen Erwägung, nämlich §. 11. l. 4., 5. und 6. Dig. finium regundorum 10, 1.<sup>26)</sup> Hieße in dieser Stelle rivus, wie

25) Vb. I. §. 40. S. 417. Anmerkung 40.

26) Es heißt: Sive via publica intervenit, confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non potest. l. 5. Quia magis

z. B. Heumann im Handlexikon des Römischen Rechts ü. d. W. rivus irrthümlich annimmt, der Bach, so würde sie einen Beleg für die von Funke vertretene Ansicht des gemeinschaftlichen Eigenthums der anliegenden Grundstücksbesitzer an den Bächen abgeben; allein Funke selbst und Andere führen diese Stellen nicht an und es muß daher vermuthet werden, daß sie, was auch das Richtige ist, hier dem Worte rivus die demselben in den Römischen Rechtsquellen gewöhnliche Bedeutung von Wassergerinne, Wassergraben beilegen. Ist dieses aber nun richtig und ist es andrerseits, wie wir glauben gethan zu haben, erwiesen, daß flumen, wo nicht eine andere besondere Bedeutung desselben aus dem Zusammenhange gefolgert werden muß, jedes dauernd fließende Gewässer bezeichnen, also auch in der angeführten l. 5. ebenso gut einen Bach, wie einen Strom oder Fluß bezeichnen kann, so würde diese Stelle einen weiteren evidenten Beweis liefern, daß die Römer den anliegenden Grundstücksbesitzern keineswegs ein Eigenthum an den zwischen ihren Grundstücken fließenden Bächen zugeschrieben haben.

Die übrigen oben angeführten Rechtslehrer haben in verschiedener Weise ihre Theorien über den Unterschied öffentlicher und privater, dauernd fließender Gewässer, auf das Eigenthum an dem Grund und Boden, auf welchem das Wasser fließe, zu basiren versucht. Wir wollen hier nicht untersuchen, wie weit wohl eine freie Verfügung über ein, von dem Wasser auch nur eines Baches bedecktes Bette möglich bleibe, ob man das Bette bearthen, bepflanzen, besäen, bebauen, vertauschen, verkaufen, verpachten, kurz irgend etwas von dem damit vornehmen könne, was auf die aus dem Eigenthume fließende Macht über eine Sache zurückschließen läßt. Eine solche Untersuchung würde zu allzugroßen Absurditäten

---

in confinio tuo via publica vel flumen sit, quam ager vicini. l. 6. Sed, si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest.

führen. Es treten ohnedies gegen alle diese Theorien sofort Einwände hervor, welche die Unverträglichkeit derselben mit der Natur der Sache, folgerichtiger Schlüssigkeit und feststehenden Rechtsätzen zu Tage legen. Denn wird als entscheidendes Moment über die rechtliche Dualität eines fließenden Gewässers der Umstand angenommen, ob das Flußbette in Jemandes oder Niemandes Eigenthum stehe ohne Vorbehalt der gemeinen Eigenschaft des Wasserflusses als aqua profluens und mit Anerkennung der Perennität des Fließens nur als eines, die Annahme der öffentlichen Eigenschaft derselben unterstützenden, also keineswegs principiell entscheidenden Moments, wie dieses nach Unterholzner in dem oben erwähnten Erkenntnisse des Jenaischen Oberappellationsgerichtes geschieht, so dürfte nicht nur das der Perennität des Flusses eingeräumte, untergeordnete Gewicht, den Quellenstellen gegenüber, sondern auch die in dieser Begriffsbestimmung implicirte Annahme eines Eigenthums an dem fließenden Wasser, als wesentlicher Bestandtheil des Flusses, bei der flüssigen Beschaffenheit des Wassers, Bedenken erregen. Oder es müssen diejenigen, welche mit Elvers, die gemeine Eigenschaft der aqua profluens, als des in den Betten fließenden Wassers, bei der Annahme eines Eigenthums an den Betten der Bäche vorbehalten, eingestehen, daß man damit zu einem Begriffe von Bächen ohne Wasser, analog dem Begriffe der Messer ohne Stiele und Klinge, gelange, da ein in Jemandes Eigenthum stehender Bach, dessen Wasser ihm nicht zugleich auch gehört, in Rücksicht auf dieses Eigenthum, ohne Zweifel ein Bach ohne Wasser ist. Diejenigen ferner, welche wie Hoffmann und Günther die Flußbetten im Eigenthum des Volkes oder Staates stehen lassen, werden der daraus zu ziehenden Folgerung einer Fortdauer des Eigenthumes neben der dauernden Occupation des Bodeus durch das Wasser nicht widersprechen können und mit der Lehre des Römischen Rechtes, daß



ein verlassenes Flußbette entweder den Anliegern oder, bei nach dem Ufer zu versteinten Grundstücken als *res nullius* dem Occupirenden zufalle, in Conflict gerathen. Endlich werden diejenigen, welche sich zu den Ansichten v. Bülow's und Hagemann's bekennen den Tadel einer allzugroßen Unbestimmtheit in Feststellung der Begriffe, und des Irrthums in der Annahme eines Einflusses des Grund und Bodens auf die Eigenthumsqualität des Wassers nicht entgehen können. Von Kori scheint das Eingehen auf das Detail der Begründung seiner Ansichten geflissentlich vermieden worden zu sein, was um so mehr zu bedauern ist, als nur hiervon endliche Klarheit in dieser für das practische Leben so höchst wichtigen Fragen zu erwarten steht.

Ohne uns nunmehr weiter mit den Einzelheiten der Meinungen Anderer zu befassen, wollen wir versuchen, aus innern, im Römischen Rechte angegebenen Gründen und mit den hier einschlagenden Lehren des Römischen Rechtes im vollen Einklang stehenden Stellen, die oben aufgestellte Behauptung weiter zu begründen und zu beweisen.

Ein dauernd fließendes Gewässer besteht aus drei Bestandtheilen: dem Wasserflusse (*flumen, fluor aquae*), dem Bette (*alveus*) und den Ufern (*ripae*), welche zusammen ein integrirendes, je nach seiner Größe Strom, Fluß oder Bach genanntes Ganze bilden.<sup>26)</sup> Hiervon wird der Wasserfluß (*flumen*) als der wesentliche und für den Rechtsbegriff des Ganzen entscheidender Bestandtheil so daß nach ihm die rechtliche Qualität der übrigen Bestandtheile, namentlich des Bettes bestimmt wird, von

27) Als ein natürliches Ganzes läßt auch Funke, obwohl in anderer Beziehung, nämlich in Bezug auf die Benutzung des Wassers, die Bäche gelten a. a. D. Abschnitt II S. 286 was bei Gersteding nicht der Fall ist. Siehe auch Walter System des gemeinen deutschen Privatrechtes §. 173. S. 188 und §. 174. S. 191.

den Römischen Juristen angesehen. Sie sprechen sich darüber, daß die *causa alvei*, d. h. der natürliche Begriff eines Wasserbettes, durch das *flumen* bestimmt werde und das Bett unmöglich eine andere rechtliche Qualität als das Wasser haben könne, so entschieden aus, daß die Annahme der entgegengesetzten Ansichten in der That unbegreiflich erscheint.<sup>27)</sup> Entscheidet aber nun der Wasserfluß über die rechtliche Qualität des Ganzen, so muß das Ganze nothwendig die rechtliche Qualität des Wasserflusses haben. Dieser aber kann nur als *aqua profluens* angesehen werden und ist als solches nicht nur nach ausdrücklichen Worten Römischer Gesetzstellen, sondern auch nach dem aus seiner natürlichen Beschaffenheit, besonders der Continuität seines Fließens, folgenden Begriff, eine *res nullius iure gentium* weil eine *communis omnium iure gentium* und daher eine *res publica*.

Es wäre kaum nöthig die beiden bekannten Stellen §. 1. tit. 1. Inst. lib. II und §. 1. l. 2. Dig. de div. rer. 1, 8. (Marcianus) hierzu wiederholen, um den Nachweis dafür zu geben, daß die Römer außer Luft, Meer, die Ufer des Meeres, auch die *aqua profluens*, „die hinströmende Wasserwelle“, nach Gerbers Bezeichnung. (Gerber, System des deutschen

28) §. 2 l. 30. Dig. de acquirendo rerum dominio 41, 1. nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato, alvei causam mutet: nec quicquam intersit, utrum de alvei duntaxat solo mutato, an de eo quod superfusum solo et terra sit, quaeretur. Utrum que enim ejusdem generis est. (Pomponius lib. 34 ad Sabinum) §. 5. l. 7. Dig. ibd. (Gajus) novus enim alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen id est publicus juris gentium. §. 3. in fine l. 30. Dig. ibd. flumina enim censitorum vice funguntur et ex privato in publicum adducunt et ex publico in privatum. §. 7. in fine l. 1. Dig. de fluminibus 43, 12. (Ulpianus) Ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, et si privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus §. 8. Si fossa manu facta sit, per quam fluit publicum flumen nihilominus publica sit, et ideo si quid ibi fiat, in flumine publico factum videtur. §. 33. tit. 1. Inst. lib. II. novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen est, id est publicus.

Privatrechtes 3. Aufl. §. 61,) zu denjenigen Dingen gerechnet, welche nach natürlichem Rechte (*juro naturali jure gentium*) für die Benutzung aller Menschen gemeinsam sein sollen, wenn nicht von *Kori*<sup>29)</sup> die Richtigkeit des Ausspruches *Marcianus* angefochten worden wäre und dieser Einspruch Widerlegung verdiente. Nach *Kori* soll nämlich dieser Ausspruch *Marcianus* in Betreff der *aqua profluens*, in dieser Allgemeinheit deshalb nicht richtig sein, weil sich das Gegentheil aus den speciellen Vorschriften über die einzelnen Nutzungsrechte am fließenden Wasser ergebe, auch eine Gesamtproprietät oder Gesamtnutzung von dieser Ausdehnung nicht ausführbar sei, endlich weil *Ulpianus* in §. 7. l. 13. *Dig. de injuris* 47, 10. und *Celsus* l. 3. *Dig. ne quid in loco publico* 43, 8. zu den *rebus communibus omnium* nur die Luft und das Meer mit seinen Ufern, nicht auch das fließende Wasser rechneten.

Allein die Einwendungen *Kori*s sind nicht zutreffend. Denn das gewisse fließende Gewässer (*aquae perennes*) in ausschließlicher Nutzung Einzelner stehen, als Theile der Grundstücke, auf welchen sie sich befinden, angesehen werden, wird eben nur durch die Umgebung des Grundstücks, oder das Einfangen des Wassers durch künstliche Anlagen, wie Brunnen und dgl. bewirkt, ändert an sich die rechtliche Natur des fließenden Wassers überhaupt nicht, wie dieses zur Genüge von *Elvers* a. a. D. §. 3 und 2 dargethan worden ist.

Ebenso wenig erscheinen Nutzungsrechte Einzelner an einer gemeinen Sache mit der Bezeichnung derselben als *communis omnium* unvereinbar und wird das Maß und die Regelung der Nutzungen, abgesehen von, auf besondern Erwerbstiteln beruhenden Rechten, im Allgemeinen nach Analogie der für die gemeinsame Benutzung der *loca publica* von *Ulpianus* §. 2. l. 2. *Dig. ne quid in loc. publ.* 43, 8. gegebene Regel zu ordnen sein. Gewiß schließt

29) *Kori* a. a. D. S. 38.

der Begriff der aqua profluens als einer res communis omnium die Nutzung Einzelner an einzelnen Theilen oder Stellen so wenig aus, wie den Begriff der Luft als einer gemeinen Sache, das Einschließen einzelner Theile derselben in luftdichte Räume oder das Verzehren derselben durch das Einathmen der Menschen. Gesamtnutzung ist überhaupt ein hier schlecht gewählter Ausdruck für gemeine Benutzung Aller, weil mit dem Worte „gesammt“ der Begriff gleichzeitiger Gemeinsamkeit gewöhnlich verbunden wird, woran hier ausschließlich nicht gedacht werden kann. Denn wenn auch z. B. die Schifffahrt auf einem Flusse von Allen gleichzeitig benutzt wird, so ist dieses doch nicht ebenso der Fall beim Wasserschöpfen und dgl. das Wort communis wird daher nicht sowohl von der Gemeinschaftlichkeit der Zeit als dem Rechte nach zu verstehen sein. Von einer Gesamtproprietät aber kann da keine Rede sein, wo es überhaupt gar keine Proprietät gibt. Was endlich die abweichenden Aussprüche des Ulpianus und Celsus anbelangt, so zeigt ein auch nur flüchtiger Blick auf die bezogenen Stellen, daß in beiden der Luft und des Meeres nur beiläufig in erläuternden Beispielen gedacht wird. In der ersten Stelle zu dem Satze, daß Jemand nicht Unrecht thue, wenn er von einer öffentlichen Sache Gebrauch mache; in der zweiten der Luft als einer dem Meere analogen Sache, dessen Ufer soweit sie Römisches Gebiet begränzen für Römisches Staatseigenthum erklärt werden. Es ist nicht der Zweck dieser Stellen eine erschöpfende Eintheilung der rerum communium zu geben, sie können daher auch für deren Umfang nicht maßgebend sein und wohl als unterstützende Beweise für die gemeine Eigenschaft des Meeres und der Luft gelten, nicht aber für Beweise, daß die aqua profluens diese Eigenschaft nicht haben solle.

Das hinfließende Wasser, die strömende Wasserwelle wird daher überall als ein, nach natürlichem Rechte der Benutzung aller Menschen zugänglicher Gegenstand zu

gelten haben, wo sie, wie in den eigentlichen fließenden Gewässern, durch keine natürliche oder künstliche Gewalt gefangen, nur in Betten zwischen Ufern zusammengehalten und in ihrer Strömung gerichtet (*naturalom cursus sui rigorem tenens*,) frei und stetig dahin fließt.

Aber nicht nur nach diesen Aussprüchen des Rechts ist der Fluß eines Stromes, Flusses oder Baches als außerhalb des Eigenthums stehend zu betrachten, sondern auch nach seiner natürlichen Beschaffenheit, welche den rechtlichen Begriff des Eigenthums auf ihn unanwendbar macht. Besitz und Eigenthum setzen körperliche Sachen voraus, über welche eine juristische Herrschaft möglich ist. Das stetig fließende Wasser aber ist in der Continuität seines Flusses, bei der ununterbrochenen Bewegung seiner Masse und dem Mangel eigener, fester körperlichen Grenzen als Ganzes nicht festhaltbar und ermangelt daher als solches jener wesentlichen Voraussetzung der Möglichkeit eines Eigenthums daran. Dieser Mangel ist bei dem größten, wie bei dem kleinsten Flusse, heiße er Strom oder Bach, in Folge seines natürlichen Wesens vorhanden und daher der kleinste wie der größte Fluß, Strom oder Bach rechtlich und natürlich unfähig, Gegenstand des Eigenthums zu sein.<sup>30)</sup>

Der Begriff des Eigenthums steht aber fest ohne alle Rücksicht auf das Subject, auf welches sich das Eigenthum bezieht, mag dieses ein Privatmann, der Staat, der Fürst oder das Volk sein sollen. An den Gegenständen also, an denen ihrer natürlichen Beschaffenheit nach für einen Privatmann kein Eigenthum möglich ist, ist es auch unmöglich für den Staat, den Fürsten, das Volk; daher weder dieser noch jener an einem dauernd fließenden Gewässer irgend einer Größe ein Eigenthum haben kann.<sup>31)</sup> Fassen wir nun zusammen, daß unter

30) Walter a. a. D. §. 170.

31) Es werden zwar in weiter unten bei Erläuterung der Bedeutung

fluminibus publicis Bäche so gut wie Ströme und Flüsse verstanden werden müssen, daß die rechtliche Eigenschaft des Wassers allein über die rechtliche Eigenschaft des Stromes, Flusses oder Baches als Ganzes entscheidet, so daß es nach dem Ausspruche Ulpianus unmöglich ist, daß das Bette anderem Rechte als der Wasserfluß unterstehe, und endlich daß das fließende Wasser lediglich öffentlich sei, so erscheinen die Behauptungen derer, welche die Bäche als Privateigenthum behandeln oder die öffentliche oder Privateigenschaft eines dauernd fließenden Gewässers davon abhängig machen, ob das Bette in Jemandes oder Niemandes Eigenthum stehe, ebenso unrömisch und falsch, als die Meinungen derer unlogisch, welche Wasser und Bette trennend, jenem öffentliche oder gemeine Eigenschaften beilegen, dieses dem Privateigenthume zuschreiben.

So durchaus waltet in dem Römischen Rechte die Auffassung des Wassers als des Wesentlichen und rechtlich Maßgebenden bei den dauernd fließenden Gewässern und die Idee der ausschließlichen Bestimmung der rechtlichen Zugehörigkeit des Wasserbettes nach der Zugehörigkeit des Wassers, daß dieser Grundsatz sogar auf künstliche Grabenanlagen, welche von einem öffentlichen Gewässer durchflossen werden, nach der oben angeführten Stelle des Ulpianus, (§. 8. l. 1. Dig. de flum. 43, 12.) welcher man noch §. 5. und 6. l. 1. Dig. ut in flum. publ. navigare liceat 43, 14. Fossa est receptaculum aquae manu

---

von publicum angeführten Gesetzesstellen von den res publicae, also auch von den fließenden Gewässern die Bezeichnungen gebraucht res, quae universatis esse creduntur, alicujus esse, pepuli Romani esse, allein herten liegt nicht, was wohl sonst der Fall ist, eine Beziehung des Eigenthums, sondern nur die einer Beziehung auf etwas oder Jemanden, hier also der Beziehung des Nutzungsrechtes an den fließenden Wassern auf die Gesamtheit, auf das Römische Volk. Eine grammatische Interpretation, deren Richtigkeit in diesem Falle durch die Beziehung der res publicae als res nullius ihre volle Bestätigung findet. Auch das creduntur deutet nur auf eine Analogie, eine Fiktion.

facta. Possunt autem etiam haec (nämlich auch lacus stagnum) esse publica, beifügen mag, in streng logischer Consequenz ausgedehnt wird. S i n t e n i s a. a. D. S. 418 Anmerkung 40, will gegen die hiermit übereinstimmende Ansicht Hoffmanns jenen Ausspruch Ulpianus nur von der Leitung eines flumen publicum d. h. nach S i n t e n i s Auslegung eines eigentlichen Flusses, durch einen Canal gelten lassen und meint, eine weitere Ausdehnung würde dazu führen, jeden Aquäduct aus einem öffentlichen Flusse zu einem öffentlichen zu machen und denjenigen, welcher ihn auf sein Grundstück aus dem Flusse geleitet, das Recht zu nehmen, denselben wieder zuzustopfen. Dieser Einwand hängt mit der auch von S i n t e n i s angenommenen Auslegung der res publica als solcher Sachen zusammen, welche dem Staate oder einer Gemeinde gehören, um mit Berücksichtigung ihres Zweckes, zum allgemeinen Gebrauche besonders des Staates oder der Gemeindeglieder, zu dienen. S i n t e n i s a. a. D. S. 415.

Mit dieser Auffassung von publicum stimmt allerdings der obige Einwand vollkommen zusammen. Denn was öffentlich ist, muß hiernach gesagt werden, ist Eigenthum des Staates oder der Gemeinde, soll also ein von einem Privatmann aus einem öffentlichen Flusse abgeleiteter Wassergraben öffentlich werden, so geht er in das Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde über, unterliegt also ferner nicht der Disposition des Privat-Grundstücksbesitzers, welcher ihn für sich angelegt hat. Allein da publicum als Beiwort der flumina durchaus keinen Eigenthumsbegriff in sich schließt, so ist auch jener Einwand haltlos und Ulpianus Ausspruch ist so aufzufassen: das dauernd fließende Wasser ist öffentlich und behält diese Eigenschaft auch in einem künstlichen Bette, dafern es nur frei durch dasselbe entweder seinem ursprünglichen Strome oder einem andern Gewässer zu, hindurchfließt. Denn das Fortfließen ist die nothwendige Voraussetzung der öffentlichen Eigenschaft. Benutzt nun Jemand das Wasser

aus einem öffentlichen Flusse oder Bache in der Weise, daß er mittelst eines Ableitungsgrabens es auf sein Grundstück, in sein Gehöfte leitet, und dort entweder zum Zweck der Bewässerung verrieseln läßt oder es durch den Schluß des Grabens oder den einer künstlichen Anlage, eines Bassin's, eines Brunnens oder sonst wie zu seinem Privatgebrauche fängt, so übt er damit nur das ihm an dem fließenden Wasser zustehende allgemeine Gebrauchsrecht aus; die Anlage wird aber schon deshalb keine öffentliche, weil das Wasser selbst mit seiner Gefangenschaft aufhört öffentliches zu sein. Leitet er es dagegen als fließendes Wasser über sein Grundstück und durch weitere Anlagen einem freien Ausflusse zu, so ist gar kein Zweifel, daß dasselbe seine öffentliche Eigenschaft beibehalte, d. h. es kann, soweit es nicht der Gründer der Anlagen zu seinen Zwecken benützt, und soweit diese Zwecke dadurch nicht gestört und vereitelt werden und soweit dessen umgebender Grundbesitz nicht den Zutritt zu dem Wasser hindert, jedenfalls aber da, wo es frei ausfließt, von jedem Dritten weiter, bezülig gleichzeitig benützt werden, denn das Wasser steht ja in Niemandes Eigenthum, daß er aber den aufgestochenen Graben wieder zuwerfen, den angelegten Canal wieder zustopfen und damit den Wasserabfluß wieder verschließen könne, wird ihm eben so wenig gewehrt werden können, als Jemand gehindert werden kann, einen eingefangenen Vogel wieder fliegen zu lassen, da er ja nur von einem ihm an einer allgemeinen Sache zustehenden Nutzungsrechte Gebrauch macht, und nicht gezwungen werden kann, diesen Gebrauch lediglich im Interesse Dritter fortzusetzen. Nur in dem Falle wird ihm das einseitige Wiederaufgeben der Anlage nicht freistehen, wenn mit derselben zugleich ein öffentlicher Zweck, wie z. B. mit einer Schleufe das Interesse der Schiff- oder Floßfahrt, verbunden ist, oder wohlervorbene Nutzungsrechte Dritter, welche er gegen sich gelten lassen muß, an diesem Wasser bestehen. In einem solchen Falle wird



der Gründer der Anlage aber immer aus einem andern Grunde als dem des Eigenthums an dem Wasser zum Bestehenlassen der Anlage obligirt sein z. B. in Folge erhaltener Entschädigung, ihm von der Benutzung des Wassers zugestandener Vortheile oder in Folge landespolizeilicher Vorschriften.

Wollte man aber gegen die Richtigkeit dieser Ansicht die Unbilligkeit geltend machen, welche darin liege, daß Jemand, welcher für seine Zwecke durch seinen Grund und Boden aus einem öffentlichen Gewässer eine Wasserleitung legt, dadurch aus dem Besitz und Eigenthum des von dem Wasser eingenommenen Bodens gesetzt werden sollte, so mag man erwägen, daß wenn hierin eine Unbilligkeit läge, diese der Natur nicht dem Rechte zuzuschreiben ist; in der That aber kaum von einer solchen die Rede sein kann, wo nur ein Vortheil mit einem andern vertauscht wird, überdies ja auch das Eigenthum des Bettes, wenn es von dem Wasser verlassen wird, dem Eigenthümer des Grundstücks, als Anlieger auf beiden Seiten des Bettes wieder zufällt. Es hat demnach sein volles, durch den Einwand von Sintonis nicht zu beschränkendes, Bewenden bei dem Ausspruche Ulpian's.

Nediglich eine Consequenz der hier entwickelten Grundanschauung des Römischen Rechtes über das rechtliche Verhältniß des fließenden Wassers, ist die römische Lehre von dem Anfall der im Flusse erzeugten Insel und den verlassenen Flußbetten. Denn, indem das fließende Wasser, das Areal seines Bettes occupirt, entzieht es dasselbe auf die Zeitdauer seines Strömens dem menschlichen Besitze und Eigenthume. Da diese Entziehung aber wider den Willen des Menschen von einer bewußtlosen Kraft geschieht, so wird der animus domini an dem Areal als fortdauernd gedacht und es kehren Besitz und Eigenthum, wenn das Wasser das Bette verläßt, zu denen zurück, von denen angenommen wird, daß es ihnen das Wasser entzogen habe; nämlich die anliegenden Uferbe-

siger, wenn ihre Grundstücke nach dem Ufer zu nicht versteint sind. Ist dieses dagegen der Fall, so erscheint das verlassene Flußbette als eine res nullius und fällt dem Occupirenden zu. Die im Strome entstehenden Inseln sind gleichsam Auswüchse des Grund und Bodens auf dem er fließt und fallen, da sie von dem Wasser auf ihrer Oberfläche nicht beherrscht werden, nach denselben Regeln wie das verlassene Flußbette an.<sup>31)</sup>

Schon diese Lehre allein wäre hinreichend die Theorie derjenigen zu widerlegen, welche ein Eigenthum des Staates oder Volkes an den Flußbetten annehmen, da hieraus auch der Anfall des verlassenen Flußbettes oder der im Flusse entstandenen Inseln an den Staat folgen müßte, wie man durchaus consequent auch wirklich in denjenigen Ländern z. B. dem Königreich Sachsen, angenommen hat, in welchen die Ströme und Flüsse oder wenigstens einzelne davon, nach einem allerdings naturwidrigen Territorialrechte als Eigenthum des Staates oder des Fürsten betrachtet werden.<sup>32)</sup>

Aus dem bisher Gesagten geht endlich noch hervor, daß publicum als Beiwort der flumina nicht den Sinn eines dem Staate oder dem Volke an den Gewässern zustehenden Eigenthums haben kann. Es bezeichnet dieses Wort vielmehr lediglich den unter der Oberaufsicht und Hoheit des Staates dem Volke sowohl als Ganzem, wie allen Einzelnen<sup>33)</sup> an den dauernd fließenden Gewässern zuste-

---

31) Kori a. a. D. S. 43 weist zum Beweise, daß den Angrenzern an dem Bache oder Flusse ein Eigenthum nicht zustehe, auch auf das Verbot hin, durch irgend eine Einrichtung (opus manu facta) den natürlichen Lauf des Wassers zu verändern.

32) Haubold, Lehrbuch des Königl. Sächs. Privatrechtes 2. Ausgabe S. 231. und Entw. d. bürgerl. G. B. f. d. Königr. Sachsen S. 286 und die speciellen Motive dazu.

33) Dahin gehören noch die universitates, die Gemeinden und dgl. m. Die zur Allmunde gehörigen fließenden Gewässer sind solche, wovon der Archiv f. d. civil. Praxis, XXXVIII. Bd. 2. Heft,

**Den Gemeingebrauch (usus publicus):** den des ganzen Volkes, da wo solche Nutzungen in Frage stehen, welche sich auf das ganze Volk, auf dessen durch den Staat verwaltete staatswirthschaftliche und sonstige politische Interessen beziehen und welche entweder unmittelbar oder mittelbar durch die Regierung ausgeübt werden, wie großen Theils die Schiff- und Floßfahrt; den der Einzelnen wo nur diese in ihren Interessen als Benutzende erscheinen z. B. als schiffahrende Kaufleute, Triebwerksbesitzer, Fischer, Landwirthe u. s. w. Der Begriff des Gemeingebrauchs schließt von selbst jede individuelle Willkühr in der Verfügung über die Sache aus. v. Savigny System Bd. I. S. 60.<sup>34)</sup>

Als publica sind die flumina weiter nun publica jure naturali, jure gentium, gerade so wie die Meeres-

---

Gemeinde die ausschließliche oder vorzugsweise Nutzung zusteht. Siehe hierüber G. L. Maurer Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung §. 39 und 40.

34) In diesem Sinne bezeichnen die Quellen diese res publicae als: res, quae nullius in bonis esse creduntur; res quae universitatis esse creduntur; pr. Dig. de div. rerum 1. 8. (Gajus). Haec autem res, quae humani juris sunt aut publicae sunt, aut privatae: quae publicae sunt nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: quae populi Romani sunt: quae ad populum Romanum respiciunt im Gegensatz von bona civitatis oder quae in pecunia populi sunt oder patrimonium fisci, fr. 15. Dig. de sign. verb. 50, 16. (Ulpianus). Bona civitatis abusive publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt fr. 16. ibd. nam publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur, pr. Dig. de contrah. emt. 18, 1. (Pomponius) — ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius. (Man erinnere sich, daß der campus Martius geweiht, also ein locus sacer war, daher in Bezug auf ihn publicus gleich nullius.) §. 1. l. 72. Dig. ibd. Papinianus lege venditionis illa facta, si quid sacri, aut religiosi est, nihil venit, si non res in usu publico, sed in patrimonia fisci erit, venditio ejus valebit.

ufer §. 4. 5. tit. 1. Inst. lib. II. pr. l. 5. Dig. de divis. rerum 1. 8. (Gajus) §. 5. l. 7. Dig. de acquirendo rer. dom. 41. 1. (Gajus,) d. h. sie sind gemeinsam für alle, ebenso in Folge ihrer natürlichen, das Privateigenthum daran ausschließenden Eigenthümlichkeit, wie der, den Menschen daran gebührenden, natürlichen, vom Staate gewissermaßen recipirten Rechte, sie sind als öffentliche Dinge aus der Hand der Natur hervorgegangen, wie Neratius von den Meeresufern sagt: pr. l. 14. Dig. de adq. rer. dom. 41. 1. Quid in litore quis aedificaverit, ejus erit, nam litora publica non ita sunt, ut ea quae in patrimonio sunt populi, set ut ea quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt.

Den Gegensatz von den rebus publicis jure naturali rücksichtlich der Zugehörigkeit, nicht in Bezug auf den usus publicus, welcher beiden gleich ist pr. l. 24. Dig. de damno infecto 39. 2. bilden die res publicae jure Civitatis, als diejenigen Gegenstände, an welchen dem Staate ein wirkliches Eigenthum zusteht und ihrer natürlichen Beschaffenheit nach zustehen kann, die aber die Staatsgewalt im öffentlichen Interesse dem Gemeingebrauche überlassen oder dazu besonders eingerichtet hat, hinsichtlich der also das Recht der gemeinsamen Benutzung innerhalb eines bestimmten Staates für die Staatsbürger seine Quelle in deren Staatsbürgerrecht hat.<sup>34)</sup> Hätte man diesen feinen Unterschied des Römischen Rechts beachtet, so würde mancher Irrthum, vor

34) §. 2. l. 2. Dig. ne quid in loco publ. 43, 8. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet Civitatis, non quasi propria cujusque. §. 21. ibd. viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis sinibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur. Hierher gehören die öffentlichen Wege, Plätze, Gebäude u. s. w. §. 3. l. 2. Dig. ibd. Böcking: Einl. in d. Pand. §. 71 S. 253 stellt mit dieser die öffentlichen Flüsse u. s. w. gleich, von einem Eigenthum des Volkes an denselben, als Theile des Staatsgebietes, ausgehend.

allen aber jene Günthersche Definition: *est autem Romanis publicum flumen, cujus proprietas est penes rem publicam, usus autem apud omnes (qua in re communis publicarum rerum omnium natura cernitur)* Günther a. a. D. specimen I. §. II. vermieden worden sein.

Das Eigenthum des Staates oder Volkes an einer Sache, ist so wenig ein nothwendiges Moment für deren öffentliche Eigenschaft, daß nicht nur *res nullius*, wie eben die Flüsse, sondern sogar im Privateigenthum stehende Sachen, wie die Ufer der Flüsse<sup>35)</sup>, dieselbe Eigenschaft haben und haben können. Demnach erscheint als einziges charakteristisches Merkmal der, nach natürlichem Rechte oder gemäß staatlicher Bestimmung, öffentlichen Sachen, der in Folge des allgemeinen Bedürfnisses daran zustehende, und um ihres öffentlichen Nutzens willen durch die Staatsgewalt geschützte Gemeingebrauch. I. 1. Dig. de loc. et itin. publ. 43. 7. *Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat: veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur.* Auf die sonstigen verschiedenen Bedeutungen von *publicum* hier einzugehen, ist nicht unser Zweck, auch lassen sich die übrigen damit verbundenen Begriffe überall klar in den Quellen erkennen und unterscheiden.

Gegensätzlich dem *publicum* hat die Bezeichnung des *flumen torrens* als *privatum* die rein negative Bedeutung des Ausschlusses des Gemeingebrauches an diesen Gewässern. Dem nur zu Zeiten und zeitweilig erscheinenden Wasser fehlt wegen der mangelnden Stetigkeit und Dauer des Flusses die Macht der Occupation des Bodens,

---

35) Anmerkung 7, §. 4. f. 2. 1. *Riporum quoque usus publicus est, juris gentium sicut ipsius fluminis. — Sed proprietates earum illorum est, quorum praediis haerent, qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt. cf. pr. l. 5. Dig. de divis. rer. l. 8. §. 1. l. 30. Dig. de adq. rer. dom. 41, 1. l. 15. ibd.*

über den es fließt, daher dieser, der zeitweiligen Ueberfluthung ungeachtet als im Privateigenthume des Grundbesitzers fortgesetzt verbleibend angesehen wird. Das fließende Wasser die *aqua profluens* ist auch hier wie überall *res communis omnium*, allein nicht *publica*, weil der Gemeingebrauch nicht der Obhut des Staates unterstellt ist, und es bestimmt nicht über die rechtlichen Verhältnisse des Bodens, weil es über denselben nicht jene dauernde Herrschaft, wie die immer fließenden Gewässer ausübt; man könnte sagen, weil es nicht mit seinen Ufern und Bette zu einem Begriffe eines Ganzen ver wächst. Der von einem *flumen torrens* überdeckte Boden ändert daher so wenig seine rechtliche Natur, wie der von dem austretenden Wasser eines Flusses oder einer sonstigen Ueberschwemmung überzogene.<sup>36)</sup> In diesem Sinne wird gesagt *nihil differe a caeteris locis privatis flumen privatum; perinde est atque si in alio privato loco fiat.* §. 4. und §. 10. l. 1. *Dig. de fluminibus* 43, 12. Hieraus erhellt von selbst, daß der Vorwurf, welchen *Rori* §. 40. dem *Ulpianus* über die Unrichtigkeit der Allgemeinheit dieser Säge macht, nicht begründet sei, vielmehr scheint *Rori* selbst eine klare Auffassung des Begriffs der *flumina privata* abzugehen und er diesen doch über die *flumina torrentia* hinaus auszubehnen, ohne daß sich aus seiner Abhandlung ersehen läßt, welche Grenzen der Unterschied er sich gedacht.

36) §. 6. l. 7. *Dig. de acquir. rer. dem.* 41, 1. *Aliud sano est si cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat: et ob id, cum recesserit aqua, palam est ejusdem esse cujus et fuit.*

(Fortsetzung folgt im nächsten Heft.)